

II. El defensor del pueblo ( <i>ombudsman</i> ) . . . . .	27
1. Orígenes . . . . .	27
2. Justificación de su aparición . . . . .	28
3. Características . . . . .	28
4. ¿Por qué un magistrado de conciencia? . . . . .	30
5. El procurador de los derechos humanos de Guatemala . . . . .	31
A. Influencia del defensor del pueblo español . . . . .	32
B. Características del procurador de los derechos humanos guatemalteco . . . . .	34
C. La <i>autorictas</i> del procurador de los derechos humanos, en una sociedad polarizada . . . . .	35

## II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO (*OMBUDSMAN*)

### 1. *Orígenes*

La primera figura constitucionalizada del *Ombudsman*, del sueco *Imbud*, que significa: representante, mandatario, comisionado, protector, fue creada por la Constitución sueca de 1809 (aunque su existencia real se percibe ya desde 1713, y ha permanecido durante más de un siglo en el ámbito escandinavo).<sup>11</sup> A partir de su asimilación en la Constitución finlandesa de 1919, se extendió en varias formas hacia otros países y apareció, entre otros, en: Noruega (1952), Dinamarca (1954), Inglaterra (1967), Suiza (1971), y España (1978), países que por su notable influencia, citaremos constantemente a lo largo de este trabajo. Siendo diferentes las regulaciones constitucionales y legales de tal figura, no puede precisarse un perfil uniforme, y la doctrina tiene dificultad para determinar su naturaleza jurídica, pues la considera *sui generis* porque no encuadra en los tipos tradicionales. Así, se dice que no es un mandatario del Parlamento, del Congreso o de las Cortes, según se denomine en los países al órgano legislativo, aunque en algunos sistemas basa su eficacia en que actúa como un comisionado de éste. Tampoco se le puede denominar como un mandatario del presidente, del Ejecutivo (sabiendo que hay sistemas que así conciben al *Ombudsman*), sino, como se verá más adelante, está revestido de

11 Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El defensor del pueblo y su impacto en España y América Latina*. (Antología básica del XII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos), San José Costa Rica, 1994, p. 2.

unas características tan especiales, que lo hacen ser parte de la administración, sin funcionar como tal.<sup>12</sup>

## 2. *Justificación de su aparición*

Se le reconoce en el Estado moderno, llamado en algunos sistemas Estado social o Estado social de derecho, y se le ha concebido para satisfacer la inmensa gama de necesidades de sus habitantes. El complejo fenómeno de la burocratización y complejidad de los trámites ha despersonalizado, o mejor dicho ha deshumanizado las relaciones entre la administración y el administrado; ello hizo imperiosa la aparición de esta figura "*longa manus*" del Parlamento, pero totalmente independiente de éste, y capaz de agilizar las demandas de los gobernados frente a los atropellos del aparato público, por acción o por omisión de las autoridades. Sin embargo, tiene sus limitaciones: por ejemplo, el *Parliamentary Commissioner* del sistema inglés, no puede abrir una investigación cuando la persona deba recurrir ante cualquier Tribunal de justicia; el *Mediateur* francés no puede intervenir en un procedimiento iniciado ante una jurisdicción ni revisar los fundamentos de una decisión jurisdiccional; el defensor del pueblo en España no tiene injerencia en los asuntos judiciales, ni tampoco puede revisar sentencias.<sup>13</sup>

## 3. *Características*

Consultados algunos autores, pueden extraerse las notas básicas, así:

Es exigencia ineludible que tal institución sólo puede existir y funcionar en una auténtica democracia. Para materializar lo anterior, una anotación, posiblemente anecdótica: Cuando el 25 de mayo de 1993, el depuesto presidente de la República de Guatemala, Jorge Antonio Serrano Elías, emitió las

12 Cfr. Expediente 87-88, Sentencia del 26 de mayo de 1988, *Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad* 8, p. 184; en adelante: *Gaceta* o *G.*

13 Cfr. *idem*.

*Normas Temporales de Gobierno*, en un primer ejemplar que salió a la luz suprimía, entre otros, los artículos 273 al 275 constitucionales, referentes a la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y al procurador de los derechos humanos. Sorpresivamente, unas horas más tarde, nuevamente circulaban tales normas, pero sin suprimir los artículos citados; ¿se habría enterado él o sus asesores de esta característica?

Instituciones creadas o reguladas por el ordenamiento jurídico del Estado o la región. Nacen por vía constitucional los siguientes: Guatemala, 1985; El Salvador, 1991; Colombia, 1991; México, 1992, y Perú, 1993. Por ley ordinaria: Costa Rica, 1992, y Argentina, 1993. Por disposición gubernativa o reglamentaria: Honduras, 1993.

Comisionado por el Parlamento, como en la mayoría de casos, o en algún caso por el gobierno. México: designado por el presidente de la República, y sujeto a la aprobación por la Cámara de Senadores; no estando reunida ésta, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

Tiene por finalidad la defensa de los derechos fundamentales, y su misión principal es la de supervisar la actividad de las administraciones públicas en aquellas esferas sobre las que tiene competencia. Está dotado con la facultad de inspeccionar, denunciar y recomendar, y de dar publicidad a sus investigaciones. Aquí juega un papel vital de la publicidad del resultado obtenido en sus distintas investigaciones, a través de los medios de comunicación (aprovechando la inmediatez de los mismos y la formación de la opinión pública que los mismos pretenden), a través de publicaciones en el diario oficial o el boletín estatal, la gaceta institucional, etcétera; y por medio del informe anual al organismo legislativo, o de los informes especiales, puntuales o extraordinarios.

Es capaz de actuar a instancia de parte o por su propia iniciativa. Cada legislación establece requisitos mínimos para la presentación de las denuncias o quejas ante el *Ombudsman*, por parte de cualquier persona. También, éste se vale de los medios de comunicación o del conocimiento directo que tenga

sobre determinada situación presumiblemente violatoria de los derechos humanos para iniciar el expediente del caso.

De todo lo anterior, se desprenden cuatro funciones primordiales del *Ombudsman*, a saber:

Tutelar los derechos fundamentales y la legalidad. En algunos sistemas, se le permite acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios y extraordinarios (tribunal supremo o corte suprema, tribunal, corte constitucional o de constitucionalidad), para incoar la exhibición personal, amparo e inconstitucionalidad.

Investigar y controlar la administración. La herencia más directa del modelo escandinavo.

Sugerir nuevas medidas legales, que estén acordes con el respeto a las garantías fundamentales mediante sugerencias, recomendaciones, puntos resolutivos, acuerdos, resoluciones, pronunciamientos, declaraciones, manifiestos, etcétera.

Sancionar a las autoridades que dificulten su actividad. Retomamos aquí el tema de la publicidad de sus actos, la que también vale para hacerle saber a la ciudadanía, que tal o cual funcionario público no colabora o no acata las decisiones del *Ombudsman*, pudiendo, en algunos casos, certificar lo conducente ante el ministerio público, fiscal o fiscalía general.

#### 4. ¿Por qué un magistrado de conciencia?

Cabe preguntarse por qué también se le conoce como “magistrado de conciencia”. Porque los pronunciamientos del tipo jurídico-político que hace el *Ombudsman* (todos los que emite, necesariamente tienen que llevar el componente jurídico, pero no necesariamente el político) son de naturaleza exhortativa, de opinión, de persuasión o de reflexión, y carecen de poder vinculatorio, porque no es jurisdiccional; por ello se dice que necesita de otro órgano para hacer efectivas sus resoluciones. La fuerza de sus opiniones y pronunciamientos radica en la opinión pública y en el prestigio que le da la solidez y oportunidad de sus declaraciones, que están respaldadas con la publicidad de éstas.<sup>14</sup>

14 Cfr. *Gaceta* 8, p. 184.

Muchas veces, por desconocimiento o por exceso de expectativas, aun dentro del foro de los juristas, se espera que las resoluciones del *Ombudsman* tengan los mismos efectos de las sentencias, o que éste actúe como un juez suprallegal o supraconstitucional, lo que desnaturalizaría su espíritu y funciones.

### 5. *El procurador de los derechos humanos de Guatemala*

El procurador de los derechos humanos del sistema guatemalteco, instituido por vez primera en América Latina, figura en el artículo 274 constitucional, como:

un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración; ejerce su cargo por un periodo de cinco años y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos.

El artículo 275 le atribuye, además de las otras competencias que le da su ley respectiva, las siguientes:

a) Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental en materia de Derechos Humanos; b) Investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas; c) Investigar toda la clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los Derechos Humanos; d) Recomendar privada o públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado; e) Emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales; f) Promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente, y g) Las otras funciones y atribuciones que le asigne la ley.

Jorge Mario García Laguardia y Edgar Alfredo Balsells Tojo, nos lo sintetizan como un funcionario establecido en la Constitución (en los artículos referidos), designado por el organismo legislativo con una mayoría calificada (2/3 partes), sin

vinculación con los partidos políticos, que tiene absoluta autonomía en su gestión y con la función de fiscalización de la administración. Conoce de las quejas presentadas por particulares, sin formalidades especiales, pero sí esenciales, como se verá más adelante, contra la defectuosa o injusta actividad de la administración, que generalmente entraña lesión a los derechos humanos. Sus facultades se limitan a la investigación, la crítica, la recomendación, y a la publicidad de su actividad, que no es de carácter jurisdiccional. Finalmente, sus resoluciones no vinculan a los funcionarios, ni llegan a producir la anulación o revocación de los actos de las autoridades administrativas.<sup>15</sup> Se añade, que tampoco causan efectos de cosa juzgada.

### *A. Influencia del defensor del pueblo español*

El defensor del pueblo español nace por vía del artículo 54 constitucional, configurado en tres caracteres que son:

a) Ser defensor de todos los derechos que la misma Constitución enmarca en su Título I, cuales son los derechos fundamentales y libertades públicas de españoles y extranjeros, así como los derechos y deberes del ciudadano, más “los principios rectores de las políticas social y económica” (que nosotros podemos identificar como los derechos económicos-sociales-culturales).

b) Ser supervisor de la administración... La ley señala que quedan fuera de la competencia del Defensor del Pueblo las contiendas jurídicas privadas cuando no ha habido intervención de algún organismo político y también se le excluye de cualquier queja en relación al funcionamiento de la Administración de Justicia, quedando obligado en estos casos a trasladar los casos al Ministerio Fiscal (sinónimo de nuestro Ministerio Público), según sea el caso, al Consejo General del Poder Judicial; sin embargo, puede referirse a tales asuntos en sus informes anuales a las Cortes Generales.

15 Cfr. García Laguardia, Jorge Mario y Edgar Alfredo Balsells Tojo, *El procurador de los derechos humanos (Ombudsman) de Guatemala*, Guatemala Colección Cuadernos de Derechos Humanos, 2-96, 1996, p. 12.

c) Ser defensor de la Constitución, para lo cual se le otorga la facultad de poder interponer los recursos de amparo y de inconstitucionalidad, lo cual lo distingue precisamente de sus colegas europeos a quienes no asiste esta facultad.<sup>16</sup>

Preliminarmente hay que mencionar dos antecedentes importantísimos: el primero de ellos, el “Primer Coloquio Hispanoamericano sobre el Proyecto *Ombudsman* para América Latina” (Caracas, 1983), cuya declaración dice: “Contribuir con nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión, discusión e implantación de instituciones como la del *Ombudsman* en América Latina, de acuerdo a las necesidades de cada sociedad”. En éste estuvo el primer defensor, Joaquín Ruiz Giménez.

El segundo se corresponde con las primeras “Jornadas Constitucionales” del mes de mayo de 1984 organizadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, en que ya se veía la necesidad de incluir la institución del defensor (que luego quedaría como la de procurador en el texto supremo, tal vez por la familiaridad del término ya usado del procurador general de la Nación —jefe del Ministerio Público—). Fruto de ello fue el acuerdo de “recomendar la creación del procurador de los derechos humanos, como órgano jurídico para la defensa y protección de los derechos contenidos en la Constitución”.

Cuando la Asamblea Nacional Constituyente redactó la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, tomó en cuenta la joven Constitución española de 1978, perteneciente a una nueva era de vida democrática. Luego, al momento de la redacción de la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos (decreto 54-86, reformado por el decreto 32-87, ambos del Congreso de la República —ley del Procurador—), se tomó en cuenta la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (3/1981), que ya traía la influencia

16 *Idem*, p. 39.



escandinava, y le añadió la facultad de acudir ante los órganos jurisdiccionales.

### *B. Características del procurador de los derechos humanos guatemalteco*

Dentro de las notas características que distinguen la figura del procurador de los derechos humanos se encuentran:

- a) es un cargo personal;
- b) es de origen constitucional;
- c) que ha sido instituido para la defensa de los derechos humanos;
- d) posee facultades para supervisar la administración pública, siendo como tal un fiscalizador de ésta;
- e) asegura un adecuado funcionamiento de la actividad administrativa, y
- f) tutela los derechos de las personas frente a la administración.

El Código Penal le atribuyó una función, posterior a la infructuosa práctica de un recurso de exhibición personal, desprendida de lo que estatuye el artículo 467 del Código Procesal Penal, si se hubiere interpuesto un recurso de exhibición personal, sin hallar a la persona a cuyo favor se solicitó y existieren motivos de sospecha suficientes para afirmar que ella ha sido detenida o mantenida ilegalmente en detención por un funcionario público, por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado o por agentes regulares o irregulares, sin que se dé razón de su paradero, la Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier persona, podrá: ...2) Encargar la averiguación (procedimiento preparatorio), entre otros funcionarios y en orden excluyente: “a) Al Procurador de los Derechos Humanos...”; el artículo 469, inciso 1, del citado Código expresa que el mandato de averiguación deberá contener el nombre y apellido del procurador de los derechos humanos o de quien éste designe para la averiguación, pudiendo ser un particular independiente de la institución. La

investigación dentro del procedimiento especial de averiguación que se otorga al procurador de los derechos humanos, se desarrolla en razón de las funciones que constitucionalmente le han sido conferidas y que corresponden a la naturaleza del cargo que ostenta, por lo que al realizar éste una investigación a efecto de denunciar comportamientos lesivos de la administración, cuando existen motivos suficientes para creer que una persona ha sido ilegalmente detenida o mantenida en detención, no contraviene las normas contenidas en los artículos 273, 274 y 275 de la Constitución de la República, antes bien las complementa.<sup>17</sup>

### C. *La auctoritas del procurador de los derechos humanos en una sociedad polarizada*

El siguiente criterio doctrinal, que fue emitido en Guatemala, como resultado de una denuncia presentada por diputados del Congreso de la República, para que el procurador se pronunciara sobre la “*campaña de revanchismo*”, emprendida por el gobierno de la República para “depurar” a los órganos estatales, imperante en ese momento, pretendiendo con ello que “tomara parte” en favor de los “*depurables*” e instrumentalizándolo, a lo cual argumentó:

La influencia que la Institución ha tenido en los países en que ha funcionado, se deriva del prestigio de su titular y de su actividad, es su buen funcionamiento el que le ha otorgado *auctoritas*. Vinculado a esto, se significa la publicidad de sus actos en forma permanente como mecanismo de control, y en esa misma línea se encuentra el informe anual en el que hace un balance de su actividad y formula recomendaciones generales. Su finalidad, pues, está en lograr un desenvolvimiento correcto de la actividad administrativa y la tutela de los derechos de los administrados.<sup>18</sup>

17 Cfr. Expediente 669-94, Sentencia del 3 de agosto de 1995.

18 *Informe de 1993*, Ref. Exp. 418-93/DES. Resolución del 1 de octubre de 1993 (tercer considerando), pp. 182 y 183.

Tal resolución originó polémica. Por una parte, columnas editoriales que acentuaban la *autorictas* del magistrado de conciencia y su tino de no caer en el “juego político”, mientras que los quejosos la tomaron como una resolución “tibia”.

Este ejemplo sirve para ilustrar la polarización de una sociedad como la guatemalteca, donde una figura como la del procurador de los derechos humanos no sólo “molesta” a ciertos intereses, sino que el prestigio de su actuación deja en entredicho a los funcionarios públicos, quienes siempre aducen que su proceder está dentro del margen de la ley, sin afectar derecho fundamental alguno.